|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Resolución 159-2001R. O. 353 de 22 junio de 2001**Juicio ordinario por reivindicación No. 237-2000, seguido por Predios Rústicos Agrícola Vacacional "Pallatanga S.A." contra Livio Cardoso Mora.CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL, Quito abril 09 de 2001. Las 10H00. **VISTOS**.- Livio Cardoso Mora deduce recurso de casación contra la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de la Corte Superior de Guayaquil, en el juicio ordinario de reivindicación seguido en su contra y de otro por Predios Rústicos Agrícola Vacacional "Pallatanga S.A.". Invoca como normas de derecho transgredidas en la sentencia los artículos 17 y 21 de la Ley de Organización y Régimen de las Comunas, el artículo 953 del Código Civil, y los artículos 248 y 405 del Código de Procedimiento Civil. Fundamenta su recurso en las causales primera, segunda y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.- Concedido el recurso sube a la Corte Suprema de Justicia y, por el sorteo de ley, se radica la competencia en esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, la que en providencia de 11 de octubre del 2000, acepta a trámite el recurso. Concluida la sustanciación, atento el estado de la causa, para resolver se considera: **PRIMERO**.- En orden lógico esta Sala analiza primeramente las acusaciones, respaldadas en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, la que dice: "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente".- Una de las acusaciones del recurrente es la de que el proceso está viciado de nulidad insanable por falta de citación con la demanda a los demandados e indefensión de su consocio Johnny Ortíz Cáceres. Respecto de esta acusación se anota: Citación es el acto procesal del juez, realizado a través del secretario o del citador, mediante el cual se pone por escrito en conocimiento del demandado la demanda y la providencia recaída en ella. Toda demanda ha de citarse necesariamente a la parte contra quien se dirige, para dar efectiva vigencia al principio del debido proceso preceptuado por la Constitución Política de la República del Ecuador. La citación es un presupuesto procesal fundamental; por eso el artículo 355 del Código de Procedimiento Civil la coloca entre las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, cuya omisión acarrea la nulidad del proceso; siempre, por supuesto, que no se haya saneado o convalidado, porque por lo general las nulidades procesales son susceptibles de convalidación en la forma señalada por la ley.- Según nuestro Código de Procedimiento Civil existen diversos tipos de citaciones, siendo las más comunes: la personal y por boleta. La citación personal puede hacerse en cualquier lugar en que el secretario o citador encuentre al demandado, previa la identificación correspondiente. Si no se encuentra personalmente al demandado la citación ha de hacerse por tres boletas, dejadas en tres días distintos en la habitación del demandado, en la forma contemplada en el artículo 81 del Código de Procedimiento Civil. La habitación en que se ha de dejar las boletas es la señalada por el actor, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 71 ordinal 7mo. del Código de Procedimiento Civil, con la obligación del secretario o citador de cerciorarse de la verdad de que se trata de la respectiva habitación para hacer allí la citación en forma legal (último inciso del artículo 81 del Código de Procedimiento Civil). En la segunda parte del artículo 81 y en el artículo 82 se establecen modalidades en la forma de citación a los comerciantes y a los ministros plenipotenciarios y agentes diplomáticos; así como también en el artículo 14 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado se regula la forma de citación de las demandas contra el Estado o las dependencias u organismos que carezcan de personalidad jurídica.- El Código de Procedimiento Civil ha previsto la citación por la prensa como un medio extremo cuando es imposible determinar la residencia del demandado. Es indudable que en un conglomerado social en donde habitan tantas personas en muchos casos sea difícil conocer el lugar donde habita la persona contra quien se va a dirigir una demanda; pero ese simple desconocimiento no le exonera al actor de la carga de acudir a fuentes de información factibles, tales como guías telefónicas, Registro Civil, Cedulación e Identificación, para obtener los datos necesarios para ubicar la residencia del que va ha ser demandado. Por eso el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil establece categóricamente: "La afirmación de que es imposible determinar la individualidad o residencia de quien deba ser citado, lo hará el solicitante bajo juramento sin el cumplimiento de cuyo requisito el juez no admitirá la solicitud". Adviértase que la exigencia de la ley no es la afirmación que el actor desconoce el domicilio del demandado, sino específicamente que es imposible determinar su residencia, y lo uno y lo otro son conceptos jurídicos distintos. Así mismo el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil utiliza la palabra "residencia", no "domicilio".- Domicilio y residencia son conceptos que, para fines procesales, son diversos y no siempre coincidentes. El domicilio consiste, dice el artículo 45 del Código Civil, en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. Divídese en político y civil.- Y el Artículo 48 agrega, "el lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determinará su domicilio civil o vecindad". La residencia es el lugar de morada, habitación donde vive un individuo; el domicilio es más amplio aunque puede coincidir con residencia; pues es aquella en donde el individuo realiza la actividad de sus negocios, es el lugar donde ha establecido la sede de sus negocios e intereses. El domicilio no coincide necesariamente con el lugar del trabajo del demandado, pues solo si la persona labora en su propio domicilio puede haber coincidencia de ambos. El juez debe ser muy cuidadoso para admitir que la citación se haga al demandado por la prensa, porque se está extendiendo el abuso en su utilización como un artificio para impedir que el demandado pueda ejercitar su derecho de defensa. **SEGUNDO**.- El actor en la demanda expresa: "A los demandados Livio Cardoso Mora y Jhonny Ortíz Cáceres se los citará con la demanda y auto inicial, en su domicilio por razones de trabajo, en las instalaciones que tiene en el terreno materia de la reivindicación, ubicado en la jurisdicción del recinto Villingota, parroquia Chanduy, cantón Santa Elena, sin perjuicio que se lo cite en su domicilio habitual de cada uno de los demandados, cuya dirección domiciliaria bajo juramento manifiesto desconocer. Esta citación se la practicará de conformidad con lo prescribe el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil". Del texto transcrito se entiende que la demanda debía citarse a los demandados en el lugar señalado por el actor, y además por la prensa; puesto que la expresión "sin perjuicio" significa fuera de o además de; no se podría por tanto reemplazar la citación a los demandados en el lugar señalado por el actor con la citación por la prensa. De otro lado es importante destacar que el actor en su demanda no declara bajo juramento que es imposible determinar la residencia de los demandados, como exige el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil, sino que simplemente afirma con juramento que desconoce la dirección domiciliaria.- Del proceso no hay constancia de que se haya practicado citación alguna en el lugar señalado en la demanda por el actor o sea en el terreno materia de la reivindicación ubicado en la jurisdicción recinto Villingota, parroquia Chanduy, cantón Santa Elena; lugar en que se ha citado anteriormente a Juan Carlos Arroba y Johnny Ortíz Cáceres con la petición presentada por Predios Rústicos Agrícola Vacacional "Pallatanga S.A." para la practica de la diligencia preparatoria de inspección judicial del inmueble, conforme las actas sentadas en el proceso (fojas 18 vlta del cuaderno de primer nivel); únicamente se han incorporado al proceso publicaciones del extracto de la demanda en el Diario "Meridiano" de la ciudad de Guayaquil (fojas 48, 49 y 50 del cuaderno de primer nivel). **TERCERO**.- Por cierto la falta de citación al demandado Livio Cardoso Mora ha quedado convalidada en virtud de lo dispuesto por el artículo 88 del Código de Procedimiento Civil, el momento en que este ha comparecido a juicio; (fojas 35 y 36 del cuaderno de primer nivel) y ha ejercitado ampliamente su derecho de defensa en todas las instancias del juicio. No sucede lo mismo con el otro demandado Johnny Ortíz Cáceres respecto del cual la falta de citación no se ha convalidado en forma alguna.- Tampoco se ha dado cumplimiento a lo ordenado por el Juez Décimo Séptimo de lo Civil del Guayas, con sede en Santa Elena, en providencia de 18 de enero de 1996 (fojas 29 del cuaderno de primer nivel), de citarse con la demanda al Instituto Nacional de Desarrollo Agrario (INDA). Por lo dicho, al omitirse la solemnidad sustancial 4ta del artículo 355 del Código de Procedimiento Civil respecto del demandado Johnny Ortíz Cáceres, la sentencia adolece del vicio in procedendo contemplado en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, y procede el recurso interpuesto.- En mérito de las consideraciones expuestas, La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, casa la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de la Corte Superior de Guayaquil, y en su reemplazo, de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 14 de la Ley de Casación, declara la nulidad de todo lo actuado a partir de la providencia pronunciada por el Juez Décimo Séptimo de lo Civil del Guayas de 17 de septiembre de 1996 (fojas 54 vlta del cuaderno de primer nivel), a costa de dicho Juez, A. Guillermo Minchala Heredia, y se ordena remitir el proceso al órgano judicial correspondiente a fin de que conozca la causa desde el punto en que se produjo la nulidad, sustanciándolo con arreglo a derecho. Restitúyase al recurrente el monto de la caución depositada. Notifíquese y devuélvase.**f) Drs. Galo Galarza Paz.- Santiago Andrade Ubidia.- Ernesto Albán Gómez.**   Resolución 127-2002**R. O. 630 de 31 julio 2002**Juicio ordinario No. 335-2001 por daño moral, seguido por Félix Salame Arzubiaga contra Filanbanco S. A..CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Quito, 14 de junio del 2002; las 11h24.-**VISTOS**: El Abogado Jaime Cevallos Álvarez, en su calidad de Procurador Judicial de Filanbanco S. A., interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, dentro del juicio que, por indemnización por daño moral, sigue Félix Jorge Salame Arzubiaga inicialmente contra el Banco La Previsora S. A., fusionado luego con Filanbanco S. A. Por el sorteo legal, el recurso se radicó en esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, la que lo aceptó a trámite. Concluido éste, para resolver se considera:- **PRIMERO**: El recurrente señala como normas de derecho infringidas en la sentencia las siguientes: Incisos primero, segundo y tercero del primer artículo innumerado, agregado a continuación del artículo 2258 del Código Civil, por la Ley 151, publicada en el Registro Oficial 779 del 4 de julio de 1984; artículo 10 del Reglamento sobre la oficina de citaciones; y artículos 119, 120, 121 y 169 del Código de Procedimiento Civil. Funda el recurso en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. **SEGUNDO**: Se examinará en primer lugar la alegación de que en la sentencia impugnada se ha incurrido en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, es decir cuando se ha producido una "aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto". El recurrente sostiene que no se han aplicado los artículos 119, 120 y 121 del Código de Procedimiento Civil, pero en concreto se limita a afirmar que al valorar la prueba no se la ha examinado en su conjunto ni se ha aplicado la sana crítica, como establece el artículo 119 de dicho Código. Es cierto, como se señala en el extracto de la sentencia que reproduce en su escrito, que la sana crítica no está definida en ningún Código y que tampoco se podrán encontrar sus reglas en ningún texto legal. Tal cosa sería imposible, pues no son sino las reglas del correcto entendimiento humano, en el que se juntan la lógica del raciocinio y la experiencia personal del juez; son como las describe Friedrich Stein: *"Definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos*" (El conocimiento privado del juez, TEMIS, Santa Fe de Bogotá, 1999, página 27). Al determinar la ley que el juez apreciará la prueba con las reglas de la sana crítica, se consagra en definitiva su libertad para examinarla, ponderarla, comparar las pruebas producidas unas con otras, y preferir aquellas que su juicio tienen mayor credibilidad en relación al asunto que se discute en el proceso. Operación intelectual que el juez realiza con todo el acerbo de su experiencia humana, que es variable y contingente, pues depende de circunstancias locales y temporales, pero que deberá hacerlo dentro de la racionalidad y aplicando las reglas de la lógica, que son estables y permanentes. Es por eso que la sana crítica no le permitirá hacer una valoración absurda, o que contraríe las reglas de la experiencia humana, pues si tal situación se detectara en una sentencia, el tribunal de casación sí tendría atribución para corregirla. Sin embargo, el recurrente no cuestiona de ninguna manera la lógica de las conclusiones a las que llega el tribunal sobre las pruebas actuadas, sino que simplemente manifiesta su inconformidad y afirma que la sentencia es injusta e ilegal, pues la referencia que se hace en dicho escrito respecto a los principios del derecho social y a la interpretación a favor del trabajador es absolutamente incongruente en relación al presente caso. Por estas razones se desecha la impugnación que se funda en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. **TERCERO**: Afirma el recurrente que se ha violado el artículo 10 del Reglamento sobre la oficina de citaciones, que dice lo siguiente. "Las citaciones practicadas por los citadores tienen el mismo valor que si hubieren sido hechas por el secretario respectivo, y las actas y razones sentadas por aquéllos hacen fe pública. Las citaciones que deben hacerse por la prensa las hará el secretario del juzgado", artículo que relaciona con el artículo 169 del Código de Procedimiento Civil, el mismo que establece que los instrumentos públicos, que enumera a continuación, hacen fe y constituyen prueba. La referencia a estas normas tiene que ver con el fundamento de la demanda incoada por el actor, que considera que se la ha inferido un daño moral por habérsele citado por la prensa, en un juicio verbal sumario anterior seguido en su contra por el banco ahora demandado. Afirma el recurrente que la citación por la prensa se hizo en virtud de la razón puesta por el citador en dicho proceso. Esta dice lo siguiente (foja 43): "No cito a Félix Jorge Salame Arzubiaga esto es en el domicilio señalado de la ciudadela Urdesa Norte Avda. 2da. No. 310 Calle 5ta. Pude cerciorarme en dicho domicilio de que ahí vive una familia de apellido Panchana". Pero de esta razón se concluye únicamente que en el domicilio señalado en la demanda no vive el demandado, y nada más. Y es esta aseveración del citador la que goza de fe pública. Pero de ninguna manera pueda admitirse que ella sea suficiente para relevar al actor de la obligación, que le impone en forma expresa el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil, de hacer todo lo necesario para determinar la individualidad o residencia de quien debe ser citado, al punto que se exige, para que el juez admita la solicitud de publicar la citación por la prensa, que el peticionario afirme bajo juramento que le ha sido imposible el hacerlo. Por tanto no es aceptable la argumentación del recurrente de que el tribunal ad quem ha incurrido en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación,.al no aplicar las disposiciones citadas con el alcance que él pretende. **CUARTO**: Sostiene también el recurrente que en la sentencia impugnada se ha violado el artículo innumerado, agregado a continuación del artículo 2258 del Código Civil, por la Ley 151, publicada en el Registro Oficial 779 del 4 de julio de 1984, que dice lo siguiente: "En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.- Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.- La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo". Como se ve, esta norma establece el derecho de quien ha sufrido daños meramente morales a demandar una indemnización pecuniaria a título de reparación; pero hacen falta sin duda que para ejercer tal derecho se cumplan algunos requisitos: a) la falta y el perjuicio sufrido deben tener particular gravedad, b) la falta cometida puede ser de muy variada naturaleza: cualquier forma de difamación, actos de violencia física, incluso delitos; procedimientos arbitrarios o injustificados; y, en general actos que causen sufrimientos físicos o psíquicos; c) la reparación puede ser demandada a quien ha causado los daños por acción u omisión próxima, es decir debe comprobarse una relación de causalidad que permita identificar al responsable de los daños; d) esta acción u omisión debe ser ilícita, es decir contraria a la ley, a la justicia, a la equidad o a la moral; e) queda a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización, atendiendo la particular gravedad de la falta y del daño.- **QUINTO**: La falta que el actor considera que le ha causado un daño moral consistió en la citación por la prensa de una demanda dentro de un juicio verbal sumario iniciado para el pago de dineros; publicación que se hizo, ante la afirmación hecha con juramento por el actor en dicho juicio (y que es el demandado en éste), de que era "imposible determinar la individualidad del domicilio del demandado". Es evidente entonces la relación de causalidad entre el acto del demandado y el presunto daño alegado por el actor. Pero, como queda dicho, la acción debe ser ilícita y para establecer la posible ilicitud, hay que volver a lo que determina el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil: para solicitar la citación por la prensa se debe afirmar, con juramento, que ha sido imposible determinar la individualidad o residencia del citado. Esta norma exige, por tanto, que el solicitante haya agotado las gestiones necesarias para disponer de esa información. No cabe duda de que si no se ha procedido de esa manera y se sostiene con juramento la imposibilidad de obtenerla, se ha actuado en contra del mandato de la ley. Es decir se ha actuado ilícitamente. En el proceso se han adjuntado los estados de cuenta que el banco demandado le había enviado al actor a la dirección de su oficina; se ha demostrado que en el contrato celebrado entre el actor y el banco para la emisión de una tarjeta de crédito se señala esa misma dirección; e inclusive en las guías telefónicas de la ciudad de Guayaquil de los años 1996-97, 1998 y 1999, consta su dirección domiciliaria, aunque también consta aquella otra a la que el citador acudió, según señala en la razón respectiva. Con estos datos, que estaban, en un caso, en poder del propio banco y que, en otro caso, eran de tan fácil consulta, como acudir a las páginas de una guía telefónica, resulta inadmisible que se sostenga "que ha sido imposible" determinar el lugar en que debía practicarse la citación, para pedir que lo haga por la prensa. **SEXTO**: La publicación por la prensa de una citación dentro de un juicio por pago de dinero es un acto con indudable potencialidad para causar un daño moral, especialmente si el citado es una persona vinculada con actividades comerciales. No se trata solamente de que, al hacerlo, aparezca el nombre de una persona como deudora, a la que se ha tenido que demandar para que cumpla con su obligación crediticia; también se deduce de la publicación un ánimo de renuencia, de ocultamiento; de un afán, que se puede presumir fraudulento, de eludir ese cumplimiento, lo cual sin duda pone en mal predicamento el nombre, la reputación del citado y lo desprestigia, si ejerce actividades comerciales ante sus relacionados y clientes. Por eso la ley acentúa las precauciones, antes de llegar al extremo de la citación por la prensa y exige la solemnidad de un juramento, para recurrir, cuando ya no hay otra alternativa, a este mecanismo extraordinario de emplazamiento a un demandado, para que conteste al libelo que se ha propuesto en su contra y para satisfacer de esa manera la necesidad procesal de conformar la litis. Pero en todo caso, el legislador ha querido salvaguardar el derecho a la honra de las personas, y en consecuencia su buen nombre, su tranquilidad, su bienestar. En esta línea debe entenderse, por ejemplo, la Ley 167 (Registro Oficial 771, de 22 de junio de 1984), que tipificó como delito una conducta análoga a la que se está examinando. Dicha Ley dice lo siguiente: *"Constituye difamación la divulgación, por cualquier medio de comunicación social u otro de carácter público, excepto la autorizada por la ley, de los nombres y apellidos de los deudores ya sea para requerirles el pago o ya empleando cualquier forma que indique que la persona nombrada tiene aquella calidad. Los responsables serán sancionados con la pena de prisión de seis meses a dos años"*. Como se ve, dicha conducta solamente no constituirá un delito en los casos en que la publicación esté autorizada por la ley, es decir cuando se cumplan los requisitos que ésta determina. **SÉPTIMO**: Establecida la acción u omisión ilícita y la relación de causalidad próxima, como dice la ley, corresponde al juez apreciar la gravedad de la falta y de su resultado. Para ello tomará en cuenta, indudablemente, los factores personales y las circunstancias de hecho registradas en el caso. Es decir apreciará las condiciones de la persona natural que en su propio nombre, o a nombre de una persona jurídica, actuó ilícitamente; la oportunidad de su acción y las alternativas de que dispuso para evitarla. Apreciará también las condiciones personales del afectado, su actividad profesional y su situación social. Para establecer la gravedad del resultado no solamente deberá considerar los daños efectivamente producidos, como ocurre en los casos de lesiones físicas, sino también el daño virtual, como podría ser calificado cuando no es posible determinar la cuantía del daño con precisión matemática, y en la gran mayoría de los casos así ocurre, pero cuando hay al mismo tiempo la certeza de que la acción ilícita tiene capacidad para producir un daño. Pero todos estos elementos corresponden a la libre apreciación del juez, aplicando, aquí más que en otros casos, la sana crítica, que como se ha dicho anteriormente, une las reglas de la lógica a las máximas de la experiencia. No corresponde, por tanto, a un tribunal de casación, revisar las conclusiones a las que ha llegado un tribunal de instancia en esta materia. **OCTAVO**: También es facultad del juez el fijar el valor de la indemnización. La ley le atribuye esta determinación, confiando en su prudencia para hacerlo, aunque debe atender a la gravedad de la falta y del daño, que él mismo apreciará. La misma ley considera que se trata de una indemnización reparatoria, aunque es claro que en muchos casos los daños causados no son rigurosamente reparables, pero aun en estos casos se trata de compensar económicamente los sufrimientos, la angustia, la ansiedad, las humillaciones padecidas por quien fue víctima del daño. Pero hay que considerar también, que habiéndose originado el daño en un acto ilícito, de alguna manera la fijación del monto de la indemnización asume un carácter sancionador; más todavía, cuando, como ocurre en este caso, se puede vislumbrar una situación de abuso del derecho, por cuanto se ha utilizado indebidamente una prerrogativa legal por parte de una entidad, un banco, que por cumplir una función de vital importancia en la vida social, está especialmente obligada a respetar los derechos de sus clientes y los procedimientos establecidos por la ley. Esta situación permite considerar que al fijarse el monto de la indemnización se atiende también una finalidad preventiva. Por esta razón tampoco puede la sala de casación revisar la decisión adoptada en la instancia. **NOVENO**: Se advierte que la sentencia impugnada no analiza con la suficiente profundidad las importantes cuestiones jurídicas inmersas en este caso y deja de resolver la reconvención propuesta por el banco demandado; pero como ya se señaló en providencia anterior, al no haberse planteado oportunamente estos reclamos en el recurso de casación, no corresponde a esta Sala pronunciarse sobre ellos, aunque se observa al tribunal de instancia que cumpla sus deberes jurisdiccionales en forma más cuidadosa. Por estas consideraciones, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY** no se casa la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en el juicio seguido por Félix Jorge Salame Arzubiaga contra el Banco La Previsora S. A., fusionado posteriormente con Filanbanco S. A. Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**f) Drs. Ernesto Albán Gómez.- Santiago Andrade Ubidia.- Galo Galarza Paz.** **R****esolución 258-2001R.O. 416 de 20 septiembre 2001**Juicio verbal sumario No. 88-2001 por divorcio, seguido por Germania Taco Perez contra Jaime Yánez Salcedo.CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Quito, 11 de julio del 2001; las 09h:40.- **VISTOS**.- Jaime Ramiro Yánez Salcedo deduce recurso de casación contra la sentencia de mayoría pronunciada por la Quinta Sala de la Corte Superior de Quito, en el juicio verbal sumario de divorcio seguido por Germania Catalina Taco Pérez en contra del recurrente.- Dicho recurso es concedido, por lo que el proceso sube a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia y, por el sorteo de ley, se radica la competencia en esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, la que en auto de 4 de abril del 2001, acepta a trámite el recurso. Concluida la sustanciación, atento el estado de la causa, para resolver se considera: **PRIMERO**.- El recurrente fundamenta su recurso en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, y dice que en el fallo impugnado se ha omitido lo que dispone la solemnidad sustancial cuarta del artículo 355 del Código de Procedimiento Civil, así como alega: "En el presente caso no se citó con la demanda al suscrito pese a que como esposo que soy de la actora conoció perfectamente donde vivo, cual es mi domicilio, donde trabajo... Tenía ella toda posibilidad de indagación, y al tiempo de rendir el juramento que consta del proceso, no indicó que le ha sido imposible «DETERMINAR EL DOMICILIO E INDIVIDUALIDAD DE MI RESIDENCIA» vale decir que ella debió haber agotado todos los esfuerzos para ubicarme dentro de un cantón que como el de Rumiñahui todos nos conocemos y podía encontrarme. Es decir, la actora no agotó los esfuerzos para ubicarme, conforme lo provee el Art. 86 del Código de Procedimiento Civil." En virtud del principio dispositivo, el Tribunal de Casación únicamente puede conocer los vicios señalados por el recurrente, conforme lo ha declarado esta Sala en innumerables fallos. Por lo tanto, en la presente causa, se limitará a conocer de la transgresión fundamentada en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de la materia.- **SEGUNDO**: Respecto a esta acusación, este Tribunal reitera lo que ya sostuvo en su fallo No. 159-2001 de 9 de abril del 2001, publicado en el Registro Oficial 353 de 22 de junio del mismo año, en el que se anota: "Citación es el acto procesal del juez, realizado a través del secretario o del citador, mediante el cual se pone por escrito en conocimiento del demandado la demanda y la providencia recaída en ella. Toda demanda ha de citarse necesariamente a la parte contra quien se dirige, para dar efectiva vigencia al principio del debido proceso preceptuado por la Constitución Política de la República del Ecuador. La citación es un presupuesto procesal fundamental; por eso el artículo 355 del Código de Procedimiento Civil la coloca entre las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, cuya omisión acarrea la nulidad del proceso; siempre, por supuesto, que no se haya saneado o convalidado, porque por lo general las nulidades procesales son susceptibles de convalidación en la forma señalada por la ley.- Según nuestro Código de Procedimiento Civil existen diversos tipos de citaciones, siendo las más comunes: la personal y por boleta. La citación personal puede hacerse en cualquier lugar en que el secretario o citador encuentre al demandado, previa la identificación correspondiente. Si no se encuentra personalmente al demandado la citación ha de hacerse por tres boletas, dejadas en tres días distintos en la habitación del demandado, en la forma contemplada en el artículo 81 del Código de Procedimiento Civil. La habitación en que se ha de dejar las boletas es la señalada por el actor, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 71 ordinal 7mo. del Código de Procedimiento Civil, con la obligación del secretario o citador de cerciorarse de la verdad de que se trata de la respectiva habitación para hacer allí la citación en forma legal (último inciso del artículo 81 del Código de Procedimiento Civil). En la segunda parte del artículo 81 y en el artículo 82 se establecen modalidades en la forma de citación a los comerciantes y a los ministros plenipotenciarios y agentes diplomáticos; así como también en el artículo 14 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado se regula la forma de citación de las demandas contra el Estado o las dependencias u organismos que carezcan de personalidad jurídica.- El Código de Procedimiento Civil ha previsto la citación por la prensa como un medio extremo cuando es imposible determinar la residencia del demandado. Es indudable que en un conglomerado social en donde habitan tantas personas en muchos casos sea difícil conocer el lugar donde habita la persona contra quien se va a dirigir una demanda; pero ese simple desconocimiento no le exonera al actor de la carga de acudir a fuentes de información factibles, tales como guías telefónicas, Registro Civil, Cedulación e Identificación, para obtener los datos necesarios para ubicar la residencia del que va ha ser demandado. Por eso el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil establece categóricamente: «La afirmación de que es imposible determinar la individualidad o residencia de quien deba ser citado, lo hará el solicitante bajo juramento sin el cumplimiento de cuyo requisito el juez no admitirá la solicitud»." La resolución citada continúa: "Adviértase que la exigencia de la ley no es la afirmación que el actor desconoce el domicilio del demandado, sino específicamente que es imposible determinar su residencia, y lo uno y lo otro son conceptos jurídicos distintos. Así mismo el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil utiliza la palabra «residencia», no «domicilio».- Domicilio y residencia son conceptos que, para fines procesales, son diversos y no siempre coincidentes. El domicilio consiste, dice el artículo 45 del Código Civil, en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. Divídese en político y civil.- Y el artículo 48 agrega, «el lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determinará su domicilio civil o vecindad». La residencia es el lugar de morada, habitación donde vive un individuo; el domicilio es más amplio aunque puede coincidir con residencia; pues es aquella en donde el individuo realiza la actividad de sus negocios, es el lugar donde ha establecido la sede de sus negocios e intereses. El domicilio no coincide necesariamente con el lugar del trabajo del demandado, pues solo si la persona labora en su propio domicilio puede haber coincidencia de ambos. El juez debe ser muy cuidadoso para admitir que la citación se haga al demandado por la prensa, porque se está extendiendo el abuso en su utilización como un artificio para impedir que el demandado pueda ejercitar su derecho de defensa..." Igual criterio ha sostenido en la Resolución No. 398-2000 de 4 de octubre del 2000, publicada en el Registro Oficial 224 de 14 de diciembre del 2000.- **SEGUNDO**.- (SIC) En la especie, la actora manifiesta en su demanda (fojas 4-4 vta. del cuaderno de primera instancia): "Bajo juramento declaro que desconozco el domicilio actual del demandado señor JAIME RAMIRO YÁNEZ SALCEDO, por lo que amparada en la disposición contenida en el Art. 86 del Código de Procedimiento Civil, solicito se disponga la citación por la prensa del demandado."; es decir, que la actora en su demanda no declara bajo juramento que es imposible determinar la residencia del demandado, como exige el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil, sino que simplemente afirma con juramento que desconoce la dirección domiciliaria actual. Una vez aceptada a trámite verbal sumario la demanda de divorcio, el juez de primer nivel dispone que, de conformidad con el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil, se cite al demandado por la prensa en uno de los periódicos de circulación en la ciudad de Quito. Las tres publicaciones se efectúan en distintas fechas en el diario "La Hora" de Quito (fojas 7-8 de primera instancia); una vez terminado el trámite en el proceso, se dicta sentencia el 15 de junio del 2000 en contra del demandado y en rebeldía de éste (fojas 26 y 26 vta. ibidem). Respecto a la naturaleza de las citaciones efectuadas por la prensa, en casos como éste, la Sala dijo ya en su Resolución No. 83-99, publicada la Gaceta Judicial Serie XVI, No. 9359 a 9371 que "...cuando, mediante maniobras contrarias a la buena fe y a la lealtad procesal, utilizando los mecanismos legales previstos para supuestos de excepción en que se justifica su empleo, se ha colocado al demandado en situación de verdadera indefensión, resulta temerario, por decir lo menos, pretender que el juzgador aprecie como indicio en contra del demandado aquello que él físicamente estuvo en imposibilidad de hacer; no debe perderse de vista que el proceso, para su efectiva realización y para que pueda alcanzar su fin, que es la heterocomposición de las pretensiones de los litigantes como vía para la armonía social y el logro del ideal de justicia, impone a los contendientes el deber de adoptar actitudes que se compadezcan con el alto fin que persigue, lo cual implica el proceder con lealtad y con buena fe, y sin lugar a dudas que quien, conociendo el lugar del domicilio o de la residencia del demandado, declara con juramento ignorarlo a fin de conseguir que la citación se realice por la prensa, con el evidente propósito de que, por la índole misma de las publicaciones y sus características, tal emplazamiento pase desapercibido, no está actuando con lealtad ni demuestra buena fe. En nuestro sistema procesal, el citar al demandado por la prensa afirmando que se desconoce su identidad o residencia cuando en realidad sí se la conoce, si es que con este arbitrio desleal se logra que el demandado no tome debido y oportuno conocimiento de la acción incoada en su contra, colocándolo en indefensión, sí provocaría nulidad procesal en el evento de que el demandado no haya podido ejercer su derecho de contradicción porque, aunque formalmente haya citación practicada de conformidad con la ley, sin embargo se habrá atentado directamente contra el debido proceso ya que utilizando este mecanismo en fraude de la ley, (práctica innoble por desgracia tan frecuente en nuestro medio) se logra con frecuencia que la citación pase desapercibida; en efecto, el proceso de acelerada urbanización de nuestra sociedad, la existencia de múltiples medios de prensa, las características de las publicaciones reducidas al mínimo y ocupando lugares nada destacados por sus costos, la sustitución de la prensa en la comunicación social por otros medios más rápidos y efectivos como la televisión, etc., determinan el que, si bien la citación por la prensa brinde al juez la certeza de que la publicación se realizó, sin embargo no le da de modo alguno la seguridad de que la demanda ha llegado efectivamente a conocimiento del demandado, por lo que con frecuencia se coloca a éste en situación de verdadera indefensión, pues el desconocimiento real de la existencia de la demanda en su contra le coloca en imposibilidad de ejercer en debida forma su derecho de defensa proponiendo en su oportunidad las excepciones y más medios de defensa de los que se halle asistido, de manera que no se cumple con la garantía constitucional del debido proceso y sin lugar a dudas que quien procede de esta manera esto es, afirmando desconocer el domicilio del demandado cuando en realidad sí lo conoce y este hecho lo llega a comprobar el juzgador, no está actuando con lealtad ni demuestra buena fe..." El fallo de mayoría impugnado dice en su considerando tercero que "Si bien es cierto que la actora, al prestar su juramento, no se ha sujetado, estrictamente, a lo dispuesto en el Art. 86 del Código de Procedimiento Civil, para solicitar que se cite por la prensa al demandado, no es menos cierto que se trata de una simple omisión de forma, por lo que debe estarse a lo preceptuado en el Art. 192 de la Constitución Política de la República del Ecuador, según el cual «El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia.... No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades...» Por consiguiente, se declara bien hecha la citación al demandado..." (fojas 27 vta. y 28 de segunda instancia), razonamiento que precisamente contradice el espíritu de la misma norma constitucional que se invoca como fundamento para convalidar la citación por la prensa, por las reflexiones recabadas anteriormente. Por lo dicho, al omitirse la solemnidad sustancial cuarta del artículo 355 del Código de Procedimiento Civil respecto del demandado, la sentencia adolece del vicio in procedendo contemplado en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, y procede el recurso interpuesto. En consecuencia, esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, casa la sentencia de mayoría dictada por la Quinta Sala de la Corte Superior de Quito, y en su reemplazo, de conformidad con lo previsto en el artículo 11 de la Ley s/n publicada en el Registro Oficial 39 de 8 de abril de 1997, reformatoria de la Ley de Casación, declara la nulidad de todo lo actuado a partir de la providencia pronunciada por el señor Juez Undécimo de lo Civil de Pichincha 31 de marzo de 1999 (fojas 6 del cuaderno de primera instancia) a costa de dicho Juez, Dr. Felipe Granda Aguilar, y de los señores Ministros Jueces de la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito que dictaron la sentencia de mayoría, doctores Jorge Washington Cevallos Salas y Ruth Amores Salgado. Se ordena remitir el proceso al órgano judicial correspondiente a fin de que conozca la causa desde el punto en que se produjo la nulidad, sustanciándolo con arreglo a derecho. Notifíquese y devuélvase.-**f.) Drs. Galo Galarza Paz.- Santiago Andrade Ubidia.- Ernesto Albán Gómez** **NOTA. La Sala informa a los lectores, que además de los fallos arriba citados, se han publicado los siguientes, en que se ratifica el criterio vertido.****Resolución 297-01**, de 21 de septiembre de 2001, (R.O. 449 de 8-nov-01), juicio ordinario por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio N° 145-01.Resolución 398-00, de 4 de octubre de 2000, (R.O. 224 de 14-dic -00), juicio ordinario N° 31-98.

|  |  |
| --- | --- |
|  |  |

 |